

# El derecho de superficie en la nueva Ley de Suelo

José Ignacio NAVAS OLÓRIZ

Notario. Coordinador del Observatorio de la Vivienda

**RESUMEN:** Una institución jurídica tan longeva como el derecho de superficie no ha tenido el acomodo social y práctico que su potencial jurídico ofrece. Han sido varias las regulaciones legales de esta figura en nuestro derecho positivo que se han publicado a partir de mediados del siglo pasado sin que ninguna de ellas haya logrado el éxito que se esperaba. Una lectura apresurada de la regulación contenida en la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo, puede llevar al error de considerarla como una normativa legal poco original y reiterativa de la anterior, pero se trata de una apariencia. Si bien es cierto que se reiteran casi de forma literal conceptos y preceptos del Texto Refundido aprobado por RDL 1/1992, también lo es que se resuelven dudas doctrinales surgidas en su aplicación y que se contienen novedades que potencian la aplicación práctica de esta figura.

**DESCRIPTORES:** Derecho de superficie. Ley de Suelo.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios que inspiraban la concepción del derecho de propiedad como un derecho absoluto, era el relativo a su extensión espacial: el que es dueño del suelo, lo era también del vuelo y del subsuelo.

La *vis* atractiva de este principio se refleja en el de accesión que entró en nuestro derecho civil a través del artículo 358 del Código civil al decir que

“lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con

sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”,

para añadir en su artículo 359, que

“se presumen hechas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario”.

Así pues en virtud de esa venerable figura llamada accesión inmobiliaria, la fuerza atractiva de la propiedad del suelo determina la existencia de una presunción *iuris tantum* a favor del propietario de aquel para considerarle también propietario de lo construido o edificado sobre el suelo de su propiedad.

Este principio —llamado *superficies solo cedit*—, logra, con las múltiples excepciones

e-mail: ignacionavas@interbook.net

que se puedan señalar y salvo prueba en contrario, al tratarse de una presunción *iuris tantum*, que el suelo o superficie, el vuelo y el subsuelo, formen un bloque único y homogéneo a efectos de encontrar una única regulación legal y patrimonial.

Sin embargo ya una primera concepción limitativa del derecho de propiedad y el eminente sentido práctico del *Pretor* romano, pusieron límites a tal concepción estableciendo excepciones —que el derecho moderno y el sentido social de la propiedad multiplicaron—, a ese principio de ilimitada extensión espacial. Y esas mismas limitaciones pusieron de relieve el anacronismo de tal principio y la posibilidad de distinguir dentro de ese bloque unitario al que antes me refería, distintas titularidades y distintos regímenes legales aplicables.

Y es que el compilador comprendió que existen determinadas situaciones en las que interesa derogar la aplicación de ese principio de accesión para mantener separadas la propiedad de las construcciones o plantaciones y la propiedad del suelo o superficie donde se van a levantar.

Surge así la figura del derecho de superficie que atribuye, aunque temporalmente, la propiedad de las construcciones existentes sobre, o bajo un inmueble, a un titular distinto del propietario del suelo. Y surge, como la tradición y la norma jurídica demuestran, atribuyendo dentro de ese binomio, suelo-vuelo, una mayor importancia legal y potencia económica al suelo, o mejor dicho, a la propiedad del suelo.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Encontramos antecedentes de esta figura en el Derecho romano que llamaba *superficies* al derecho de conservar por largo tiempo, aunque limitado, un edificio que hubiese construido el superficiario, sobre un terreno ajeno.

Surge y se desarrolla, para facilitar una solución a la crisis de viviendas existente en la ciudad romana. Se trataba de reducir el costo, y se lograba al sustituir la adquisición de la propiedad del suelo que suponía el pago de presente de su valor, por la adquisición de

un derecho sobre el suelo, que seguía siendo de propiedad ajena, a cambio del pago de un canon periódico.

Nuestro Derecho histórico no contiene regulación singular alguna del derecho de superficie, que pasa a nuestra legislación a través de la enfiteusis o de los arrendamientos a largo plazo en los que se transfería el dominio útil.

Para acabar con el feudalismo era necesario unificar la propiedad borrando la distinción entre dominio directo y útil. Para ello era preciso un desplazamiento de la propiedad. Un desplazamiento que consiguiera pasarla del concedente (señorío directo) al poseedor (terrateniente o dueño del dominio útil). Esa es la razón de que en nuestro C.c —aunque aparente aceptar ese principio de división del dominio, incluso empleando la terminología clásica—, el dominio útil en el censo enfiteútico, sea el verdadero dominio.

El problema de la vivienda es uno de los eternos problemas de la humanidad y desde un punto de vista socio-político ha ocupado, en su solución, a muchos políticos de nuestra patria. Ya en el siglo XIX, Gaspar Melchor de Jovellanos pretendió acabar con la especulación del suelo y dar, de esa manera, solución al problema de la vivienda respecto a las clases sociales más desfavorecidas impulsando los llamados patrimonios públicos del suelo, pero a pesar de ese reconocido problema y de esa especial sensibilidad, no se previeron por nuestros compiladores instrumentos legales en forma de instituciones de derecho civil que dieran cumplida respuesta a esa necesidad.

Efectivamente en nuestro C.c no se regula el derecho de superficie aunque se le alude y conforme a la interpretación mas extendida, se prevé el establecimiento de dos tipos de superficie: superficie enfiteútica —constituida por tiempo indefinido—, y superficie arrendaticia, con dos variantes: la superficie arrendaticia y el arrendamiento superficiario, (ambas temporales o por tiempo limitado). Como vemos se trata de dos instituciones bastante alejadas de la finalidad dada al derecho de superficie por el pretor romano.

Así pues, lo cierto es que a pesar del atractivo poli-funcional de la figura y de su

gran potencialidad económica, el derecho de superficie no llegó a tener la importancia que le correspondía en el tráfico jurídico y patrimonial, al no contar, siquiera, con una pequeña regulación.

Por lo que respecta al derecho comparado, con el fin de fomentar su uso, que siempre se ha considerado conveniente para facilitar la solución al eterno problema de la vivienda facilitando su construcción por el superficiario, se dictaron leyes especiales en los países europeos que encontraron distinta acogida y tuvieron diversa fortuna.

Así en Alemania fue utilizado con profusión para la construcción de casas baratas tras la segunda guerra mundial. En Suiza tuvo un uso bastante intenso, pero es en Inglaterra en donde la superficie tuvo más amplio desarrollo ya que el principio romano de la accesión se aplicaba como presunción y producía sus efectos cuando no había prueba que demostrase lo contrario, es decir se aplicaba de manera inversa a como se hacía en el continente. Quizás el embrión de su formidable desarrollo estuviera en las extensísimas propiedades de la Corona y de la nobleza y en su apoyo económico al superficiario, para edificar y rentabilizar financieramente lo construido.

En España, como ya he dicho, nuestro C.c pasó por alto su regulación aunque en su artículo 1.611 aluda a él bajo una misma referencia a

“los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes”,

lo que prueba que se refiere al mismo como una variante de la enfiteusis. La Ley Hipotecaria de 1.861 lo da por existente, y una Ley de carácter administrativo como fue la Ley de Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, reguló el derecho de superficie, que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959, configuró como derecho inscribible en el Registro de la Propiedad.

Así pues el derecho de superficie ya tenía carta de naturaleza en nuestro derecho, cuando vino de nuevo a ser regulado por los artículos 171 a 174 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976.

Esta norma quiso ser derogada por el RD LEG 1/ 1992 que aprobó la nueva Ley de Suelo, pero al ser declarados nulos numerosos preceptos de esta Ley por la STC 61/1997, y entre ellos la Disposición Derogatoria en lo que se refiere a su fuerza como tal respecto a la Ley de 1976, ésta volvió al Ordenamiento vigente, sí bien como legislación estatal supletoria.

No obstante la STC dejó vigentes los preceptos reguladores del derecho de superficie contenidos en los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 de la Ley de Suelo de 1992, que hoy, una vez entre en vigor el próximo 1 de julio la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo, quedarán derogados y sustituida su regulación por la contenida en los artículos 35 y 36 de dicha ley.

### 3. REGULACIÓN LEGAL

Actualmente, y a partir de la próxima entrada en vigor de la Ley de Suelo el 1 de julio del presente año, el derecho de superficie se encuentra regulado:

- 1.º Por los preceptos contenidos en los artículos 35 y 36 de la Ley de Suelo de 4 de mayo de 2007 cuya regulación, a partir del día 1 de julio del presente año, sustituirá, como ya he dicho, a la contenida en los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 de la Ley de Suelo de 1992, vigentes hasta esa fecha según la disposición derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV) y que en esa fecha quedarán expresamente derogados por la nueva Ley de Suelo.
- 2.º Subsidiariamente por las normas de derecho privado, que serán aplicables en lo no previsto por aquella, y
- 3.º Por el título constitutivo del derecho en aquellas materias no reguladas por una y otra regulación legal, o que permitan regular o encomienden a la autonomía privada.

Son complementarias sobre todo las normas del Reglamento hipotecario (art. 16). A lo anterior hay que añadir, que la legislación autonómica se remite o reproduce

en líneas generales la legislación estatal que tiene carácter de aplicación plena y en lo que no se oponga a ello, los preceptos del TRLS de 1976.

Es necesario tener en cuenta que aún cuando no corresponda a la competencia autonómica la regulación sustantiva del derecho de superficie, en alguna Comunidad Autónoma —(Navarra y Cataluña)—, se regula esta figura desde una perspectiva civil, lo que ha contribuido a diferenciar dentro de la doctrina jurídica entre un Derecho de Superficie Urbanístico y otro Civil.

Por otro lado y antes de entrar a estudiar la anterior distinción, tengo que recordar que la STS de 31 de enero de 2001, en recurso instado por dos asociaciones de Notarios, declaró nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/ 1998, que modificaba determinados artículos del Reglamento Hipotecario, al afectar, entre otros, al art.16.1 de éste, por incurrir como manifiesta la citada sentencia en su FJ Decimotercero, en un

“desbordamiento de los límites del Reglamento”,

ya que,

“... mientras el citado artículo de la Ley de Suelo (288 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992) requiere como requisito constitutivo de su eficacia su inscripción en el Registro de la Propiedad, [pero] de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de lo cual el Reglamento Hipotecario, que examinamos, va mas lejos, incluso con la interpretación que para preservar su legalidad hacen los demandados, pues requiere la inscripción para la eficaz constitución del derecho de superficie...”

Tras esta Sentencia cabe entender que recobra vigencia el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, salvo en aquellos aspectos en que ya estaba derogado por la Ley de Suelo, como, por ejemplo, en cuanto al plazo de duración.

#### 4. MODALIDADES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

¿Existen dos modalidades del derecho de superficie? ¿Hay un derecho de superficie civil y otro derecho de superficie urbanística?

La duda surge como consecuencia de sus distintas regulaciones, civil y administrativa. En efecto, por un lado regulan el derecho de superficie leyes civiles como la de Navarra o Cataluña; por otro lado hay normas sobre el derecho de superficie en la legislación administrativa y urbanística.

El T.S. en sentencia de 20 de marzo de 1997 señala que el derecho de superficie es una institución de derecho civil, aunque lo regule una ley administrativa. Por otro lado otra sentencia del alto tribunal de 26 de noviembre de 2002 se pronuncia, clara y contundentemente, a favor de la tesis dualista. Personalmente, considero que en nuestro Ordenamiento jurídico sólo hay una clase de derecho de superficie, sobre todo tras la entrada en vigor de la nueva Ley del Suelo.

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa esa sentencia para defender la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir, es el de la naturaleza de los sujetos. Algunos partidarios de la tesis dualista consideran que el derecho de superficie de naturaleza urbanística es el concertado por las entidades públicas, siendo de naturaleza civil el que vincula a particulares, de modo que la Ley de Suelo sólo sería aplicable al primero. La importancia que ha dado a este elemento la sentencia del TS de 26 de noviembre de 2002, es enorme pues el mayor esfuerzo argumentativo se centra en sostener la inaplicabilidad de la Ley de Suelo a un supuesto de constitución de derecho de superficie entre particulares.

Y es que parece que las normas administrativas al regular este derecho como una institución relativamente frecuente a la que acude la Administración y en la que inciden las normas de planeamiento urbanístico, lo hacen con normas de carácter imperativo, razón por la que nuestro Tribunal y parte de los autores diferencian dos esencias y dos estructuras del derecho.

Coexisten, pues, dos teorías: la dualista, según la cual hay un derecho de superficie que se rige por las normas administrativas y otro por la libertad de pacto entre particulares; y la unitaria o monista, según la cual hay un único derecho de superficie, si bien con cierto margen a la autonomía de la voluntad si lo constituyen los particulares.

Para quienes sostienen la llamada tesis monista, según la cual la legislación urbanística es aplicable a todo tipo de derechos de superficie de contenido edificatorio, únicamente existiría un solo tipo de superficie urbana. Y por el contrario, para quienes defienden la corriente de opinión dualista, cabe distinguir entre la superficie urbana común y la que se constituye en ejecución de un determinado planeamiento urbanístico: a la primera le es exclusivamente aplicable la legislación civil, mientras que a la segunda le sería de aplicación la legislación urbanística.

Con independencia de que hay quien considera que la polémica entre la tesis unitaria y la dualista se decidió definitivamente a favor de la primera tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que afirma que la regulación de la Ley de Suelo —la del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992— sobre derecho de superficie es Derecho privado —así Mezquita del Cacho que se pronunció en ese sentido, dando por consagrada la tesis unitaria por el máximo intérprete del Ordenamiento jurídico español, y por desautorizada la dualista—, lo cierto es que hoy tras la entrada en vigor de la nueva regulación contenida en la Ley de Suelo de 4 de mayo de 2007 podemos considerar, con Blanquer Uberos y Navarro Viñuales, que la misma es única para ambos ámbitos, civil y administrativo, si bien dicha regulación tiene distinta fuerza normativa según sea el sujeto activo de dicho derecho. Así, si se aplica al derecho de superficie constituido por personas jurídicas públicas, tendría carácter imperativo; y si se trata de un derecho constituido entre particulares en ejercicio de su libertad y autonomía de voluntad, tendría carácter o valor dispositivo.

Estaríamos ante una única fuente legal con diferente vigor normativo según se trate de un derecho constituido en cumplimiento

de lo establecido u ordenado en las normas de planeamiento (vigor imperativo), o se haga uso del mismo por los particulares en el ejercicio de la libertad de contratación y el principio de autonomía de la voluntad (vigor dispositivo). Así parece confirmarlo la nueva regulación legal, al decir en su artículo 35.2 que

“el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado”, y añadir en su punto 4 que “el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho”.

La intención unificadora es clara y manifiesta. Cualquiera que sea el propietario del suelo que lo constituya, público o privado, la Ley de Suelo reclama su preferencia, pero sin olvidar a la legislación civil y a la voluntad expresada en el título constitutivo.

Esta interpretación, por otra parte, claramente dominante en el ámbito notarial español, exige precisar y concretar que normas de la Ley de Suelo se aplicarán al derecho de superficie constituido por los particulares.

Según la opinión más extendida y a la que me sumo, serían:

1. De aplicación imperativa a los particulares, pues afectan a la estructura misma del derecho, las relativas a la limitación temporal y formalidades de constitución.
2. De aplicación dispositiva todas las demás.

## 5. CONCEPTO

La Ley de Suelo define el derecho de superficie en su artículo 35.1.

Es un derecho real que

“atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el suelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho

sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”.

## 6. CARACTERÍSTICAS

De acuerdo con esta definición, el derecho de superficie se configura:

### 6.1. Derecho real

Como un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada —la de la edificación con respecto a la del suelo sobre el que se erige—, denominada propiedad superficiaria. Supone, como antes señalaba, una derogación del principio romano *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del C.c, al permitir que lo edificado en un terreno no pertenezca al dueño del suelo sobre el que se asienta la edificación.

Por otro lado es un derecho de carácter esencialmente inmobiliario, ya que necesariamente debe recaer sobre una finca urbana o rústica esté o no edificada.

Es un derecho esencialmente temporal como luego veremos.

### 6.2. Solemne

Es un derecho de constitución formal. Dice el artículo 35.2 de la Ley de Suelo que

“Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su

formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.”

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, entre otras cosas que aquí no interesan, al declarar la nulidad del artículo 16.1 del R.H, considera que, al atribuir el Reglamento carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie, está excediendo los límites de una norma reglamentaria, al no ser exigido este requisito para la válida constitución del derecho (art. 288 LS). Por otra parte, considera la sentencia que el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, siendo que no son necesarias para la inscripción<sup>1</sup>.

La opinión doctrinal, a mi juicio, mejor fundada no atribuye carácter constitutivo a la inscripción de la escritura de constitución del derecho de superficie en el registro de la propiedad, ya que una vez otorgada la escritura pública que formalice tal constitución se producen indudables efectos a favor del adquirente del derecho, fundamentalmente frente al propietario del terreno, legitimándole para realizar la construcción a la que tiene, indudablemente, derecho, pero sin embargo tal derecho decae frente a un titular registral de buena fe inscrito, al cual no puede perjudicar el contrato. Por lo tanto, una vez producida la inscripción se completa la protección culminándose la obtención de la mayor eficacia y protección posibles. Como dice la citada STS de 31-1-2001, la inscripción es

<sup>1</sup> Como indica de la Iglesia (2001, Con la publicación de la Ley del Suelo de 1956, se creó un clima de cierta inseguridad por los términos que utilizó el legislador urbanista, pues podía creerse que, o bien estaba pensando en la constitución de la figura como todos los derechos reales, a través del título y de la tradición y para su eficacia frente a terceros la obligación (deberá) de proceder a realizar la inscripción registral, o bien puede pensarse que el legislador urbanista realmente quería destacar el carácter constitutivo de la figura aunque, obviamente, referida sólo a la modalidad urbana, esto es, cuando la constituía el ente público, o el suelo era de patrimonio municipal, donde se exigía que como requisito de su existencia debía inscribirse.

**Inseguridad o incertidumbre que fue zanjada, independientemente de que fuera o no acertada**

**(como en esta sentencia se ha puesto de manifiesto), con la publicación del Reglamento Hipotecario que de forma contundente determinó el carácter constitutivo de la inscripción para la institución superficiaria en su modalidad urbanística (que según la corriente unitaria existente en la doctrina es la única posible).**

Con ello el Reglamento Hipotecario se convirtió en un reglamento contra *legem*, puesto que claramente conculcó y destruyó uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico, en relación con el derecho de superficie, al exigir para su constitución no sólo el título y la *traditio* como todo derecho real, sino también la inscripción registral. Cuestión que ha venido a certificar la sentencia del Tribunal Supremo más de cuarenta años después.

constitutiva de la eficacia del derecho de superficie frente al tercero que en defecto de su inscripción gozaría de la protección de los efectos sustantivos de la publicidad del registro.<sup>2</sup>

### 6.3. Alienable

Es un derecho hipotecable, alienable y transmisible, si bien con la posibilidad de que quede limitada la disponibilidad del superficiario, sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca o sujetándolo a derechos de adquisición preferente, siempre que tales limitaciones se incorporen voluntariamente por los constituyentes en el correspondiente título.

Así lo señala el artículo 36.1 de la Ley 8/2007 cuando dice:

“El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.”

Por su parte el artículo 107.5 de la Ley Hipotecaria señala que el superficiario puede hipotecar su derecho.

Por otro lado el citado art.36 señala en su punto 3 que:

“En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.”

<sup>2</sup> El TS recordemos que textualmente señala en el FJ 13.º que «el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción, sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad...”

A este respecto quizás convenga recordar la STS de 26 de noviembre de 2002, que afirma que la inscripción registral del derecho de superficie que concedió la asociación de vecinos el freno a don Ricardo c. E no tiene carácter constitutivo.

La sentencia es coherente, en la medida en que, participando abiertamente de la tesis dualista y entendiendo que el derecho de superficie que conciertan los litigantes es propio del ámbito del Derecho privado, considera que la inscripción registral no tiene, en este caso, carácter constitutivo, puesto que no le es aplicable el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del

El apartado 1 ya hemos visto lo que decía. El apartado 2 señala:

“Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.”

La ley reconoce la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, éstas pueden modalizar las facultades dispositivas llegando, incluso, a suprimir esa disponibilidad si decidieran constituir el derecho con carácter de personalísimo. O podrían establecer los derechos de adquisición preferente que tuvieran por conveniente. Por tanto se puede afirmar la posibilidad de constituir sobre él, en el bien edificado sobre o bajo el suelo, los gravámenes que resultasen convenientes por su finalidad o su pretendida explotación económica, o por cualquier otra razón, tales como la hipoteca, el usufructo, las servidumbres o el arrendamiento, pero todo ello sujeto al plazo de duración por el que se constituyó el derecho de superficie.

Ahora bien si su posibilidad *inter partes* no ofrece duda, ¿tendrían acceso, tales limitaciones, al registro de la propiedad al objeto de que surtan efecto frente a terceros?

Aparte de encontrar el apoyo a su inscripción en el artículo 16.1 d del R.H, es necesario detenerse en algún otro supuesto.

Suelo de 1992, previsto —conforme a los postulados de la tesis dualista— para la superficie urbanística.

Uno de los argumentos utilizados por el Registrador para denegar la inscripción, se basa en que los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, en que conceptualmente no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprende del artículo 16 del RH y del 289.3 del TRLS de 1992.

Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes formularan recurso gubernativo contra dicha calificación.

Es decir, conforme a la calificación que realiza el Registrador, no cabe la constitución de un derecho de superficie como el que constituyen las partes.

De ser esto cierto, sería nulo, o el contrato —si se defiende la tesis unitaria—, o el derecho real —en caso de adoptarse la tesis dualista—. En consecuencia, el actor tendría derecho a la devolución del precio pagado por su constitución.

En el caso de la prohibición de disponer, como podría ser el supuesto de estar destinada la edificación a viviendas de protección pública, es evidente la posibilidad de su constitución *intuitu personae*. Las dificultades derivadas de la aplicación literal del artículo 26 de la LH —(limitaciones del derecho de superficie constituidas a título gratuito)—, podrían salvarse mediante su constitución a favor de personas pertenecientes a un determinado grupo de renta o condición que se pretendiese favorecer. Por otro lado en caso de intervenir en su constitución la Administración tal interpretación tendría, además, su apoyo en favorecer el desarrollo de un interés público. De tal manera que tales limitaciones tendrían acceso al registro y surtirían eficacia *erga omnes* aunque el derecho de superficie se constituya a título oneroso.

Esta afirmación que tendría su apoyo no sólo en el citado artículo 16 del RH, sino también en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 8/2007 y en su antecedente y derogado precepto 287.3 TRLS del 92. No olvidemos que según el orden de prelación de fuentes la regulación del derecho de superficie se rige en primer lugar por las disposiciones contenidas en la Ley 8/2007, y que según esta regulación el derecho de superficie puede ser constituido a título oneroso o gratuito, sin que se haga distinción alguna en su regulación por razón del título de constitución.

#### 6.4. Atribuye derecho a edificar

En dicho concepto se señala que el derecho de superficie atribuye al superficiario la facultad de tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada. Se califica, de esta manera, el derecho a edificar como un derecho que tiene un carácter meramente instrumental. Esto permite que este derecho pueda recaer sobre edificaciones preexistentes, tal y como expresamente admite el texto legal.

La nueva Ley da acogida, así, a la construcción doctrinal y jurisprudencial de éste derecho. Efectivamente, la STS de 28 de abril de 1992, distinguía y separaba lo

construido y la propiedad del suelo, afirmando que

“Todo derecho real, confiere a su titular un poder inmediato sobre su objeto. Dentro de los derechos reales de disfrute, la doctrina más cualificada, comprende el derecho real de superficie, precisando que la especialidad más característica del mismo descansa en la necesidad de separar el titular de lo construido (superficiario) que disfruta del suelo ajeno en tanto domina lo construido, y el dueño del suelo sobre el que se construye.”

#### 6.5. Es un derecho temporal

En tercer lugar, alude a la característica de temporalidad. Legalmente, el derecho de superficie se configura como un derecho temporal. Así lo concibe la nueva Ley y así lo concibió la legislación sobre el suelo y ordenación urbana —desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956— y, con base en ella, el Reglamento Hipotecario, tras su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959. Ahora bien, la doctrina no se ha mostrado pacífica a la hora de determinar si la regulación contenida en esas normas tiene o no un carácter institucional, lo que permitiría mantener que el derecho de superficie no es de esencia temporal.

Hoy tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Suelo de 2007, pocas dudas ofrece el carácter temporal de tal derecho, ya que, además de la declaración en tal sentido del art.35.1, el mismo art. En su punto 2 se pronuncia con contundencia cuando dice

“... En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.”

Así pues pocas dudas quedan al respecto. Incluso la relativa a si el plazo de cincuenta años fijado por el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, sería aplicable al derecho de superficie constituido por particulares —con lo que vuelve a asomar de nuevo la discusión entre la teoría dualista y monista—, que ya bajo el régimen legal

derogado había quedado resuelta en el sentido de considerar aplicables los plazos señalados por el Texto Refundido de la Ley sobre el Suelo y Ordenación Urbana de 1992, puede considerarse ratificada con la declaración contenida en el nuevo texto legal.

Ahora bien, una cosa es el plazo de duración del derecho de superficie, que tiene, como hemos visto, un límite máximo de noventa y nueve años, y otra bien distinta, el plazo que se conceda al superficiario para realizar la edificación.

La nueva regulación legal, al contrario que el artículo 16.1 del RH, no señala plazo alguno para realizar la edificación, si bien alude a su posibilidad en el art. 36.5 estableciendo que

“el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de su constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho”.

De este texto resulta:

- a. Que el plazo para la realización de la edificación sigue, indirectamente, dependiendo del plazo señalado en la licencia de edificación, pues aquella ha de realizarse *de conformidad con la ordenación territorial y urbanística* lo que lleva a considerar que el plazo que convencionalmente se haya señalado en el título de constitución del derecho, no podrá ser, en ningún caso, superior al que señale para tal fin la licencia correspondiente.
- b. Que aunque no se señalase plazo regiría en su defecto el determinado en la correspondiente licencia aunque sólo fuese a efectos de legalidad urbanística, por lo que en este caso al ser patente la voluntad de los constituyentes de no querer hacer depender la extinción del derecho de superficie del cumplimiento de un plazo de realización que no han señalado, la extinción del derecho sólo dependería del plazo de duración del mismo y no del de realización de la

edificación que resulte de la correspondiente licencia.

Esta interpretación equivale a considerar que en todos aquellos casos en que el plazo de realización de la obra no se haya señalado por los constituyentes del derecho de superficie, existiría algo similar a una prórroga tácita para la realización de la edificación, cuyo final coincidiría con el plazo de duración del derecho señalado en el título constitutivo, por lo que al concluir dicho plazo sin realización de la obra no habría más posibilidad que pactar un nuevo derecho de superficie, sin posibilidad alguna de prórroga expresa.

- c. Que esa conformidad de la construcción a la ordenación urbanística no se agota en un simple cómputo de plazos, sino que tiene un alcance de homologación a la legalidad de mayor calado, pues si se realizase la edificación sin que se ajuste al proyecto para el que fue concedida la licencia, el notario no podría proceder a la declaración de obra nueva de tal edificación, y el transcurso del plazo convencional, con la obra materialmente realizada pero sin que se ajuste a la legalidad, supondría, en mi opinión, el incumplimiento del mandato legal y la extinción del derecho de superficie. Así pues no es posible contemplar la posibilidad de una edificación materialmente completada pero que no se ajuste a la legalidad urbanística.
- d. Que si el plazo de realización de la edificación fijado convencionalmente por los constituyentes fuese inferior al señalado por la licencia, o la Administración prorroga la duración de ésta, habría que interpretar la frase antes aludida en el sentido de que al pertenecer a un texto legal de superior rango normativo —Ley de Suelo—, dicho plazo —el de la licencia—, actuaría, como antes he señalado, a modo de *conductio iuris* que determinaría la posible prórroga del plazo de realización, pero que tal prórroga habría de figurar inscrita en el Registro de la Propiedad y sólo podría perjudicar a terceros que inscriban su derecho con posterioridad a la inscripción de la misma.

### 6.6. Puede recaer sobre propiedad urbana y rústica

En cuarto lugar, parece referirse a la propiedad urbana, ¿quiero esto decir que no sería posible pactar un derecho de superficie que atribuya al superficiario derecho a edificar sobre terreno rústico?

La respuesta ha de ser afirmativa. Si hemos considerado, siguiendo la teoría monista o unitaria, que no es posible distinguir entre un derecho de superficie civil y otro urbanístico, tendremos que concluir que este instituto tendrá aplicación, incluso cuando no sea aplicable el ordenamiento urbanístico y rija el ordenamiento civil aplicable a la propiedad rústica. Así pues si la construcción es conforme a dicha legislación no veo la razón para que no pueda ser constituido sobre fincas rústicas y se refiera a construcciones permitidas en dicho suelo.

En cuanto al suelo urbano o, por seguir la terminología de la nueva ley, suelo urbanizado, es decir aquel que esté integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, examinaré brevemente el perteneciente a las entidades públicas, pues el perteneciente a particulares no ofrece especialidad alguna fuera de la necesidad de que la edificación cumpla con los criterios urbanísticos.

Estos bienes pueden ser de:

- De dominio público, o
- De carácter patrimonial.

Los patrimoniales, al ser disponibles no plantean problema alguno respecto a la constitución de un derecho de superficie. Es perfectamente posible, cumpliendo los requisitos necesarios para disponer de bienes patrimoniales.

Los demaniales o de dominio público no pueden ser objeto de transmisión, son inalienables por lo que no se pueden transmitir o gravar. Pero entonces ¿Cómo es posible la construcción de aparcamientos subterráneos en un subsuelo que tiene aquel carácter? Evidentemente no a través de un derecho de superficie, sino acudiendo a la concesión administrativa que permita la

construcción y explotación temporal de tales aparcamientos, pero continuando, en todo caso, el suelo y el subsuelo de titularidad pública o demanial. Es decir a través de un acto de la Administración —concesión administrativa—, se crea, sobre bienes de dominio público, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o utilización exclusiva y excluyente durante el plazo por el que se crea.

Por otro lado, el derecho de superficie se concede sobre un solar para construir una edificación, lo que supone que además de afectar, como es lógico, al suelo, afectará en la medida de lo necesario al subsuelo (cimientos, encofrados, alcantarillado, desagües, etc.). Ésta cuestión está contemplada por la Compilación Navarra que permite la extensión del derecho de superficie a aquella parte del subsuelo que normalmente se precise, pero no ha sido prevista por el legislador estatal, por lo que parece de aplicación este mismo principio.

### 6.7. Superficiario

En quinto lugar habla la Ley del superficiario. El derecho de superficie se constituye por el concedente o dueño del suelo a favor del superficiario que es la persona física o jurídica, que ostenta el derecho a construir y que, una vez terminada dicha edificación, adquiere una propiedad temporal sobre lo edificado, y separada del solar sobre la que se levanta. Su capacidad será la exigible para adquirir derechos, y la del concedente la requerida para disponer de éstos.

### 6.8. Suelo o construcciones

En sexto lugar permite la Ley que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

El simple enunciado de tal posibilidad termina con una inveterada polémica doctrinal acerca de si era o no posible la constitución del derecho de superficie sobre un edificio ya existente.

El principal argumento sobre el que se sustentaba la tesis negativa era de carácter positivo y consistía en que no existía ninguna norma en nuestro Derecho positivo que contemplara tal posibilidad. Así pues tras tal declaración legal pocas dudas quedan al respecto. Era lógica, además de necesaria, tal afirmación. Ya una buena parte de la doctrina notarialista había defendido tal posibilidad basándose en el criterio interpretativo de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, señalado por el artículo 3 del C.c y en que si bien es cierto que el derecho de superficie tiene un doble contenido, edificar y mantener la propiedad separada de lo edificado, la primera fase no es esencial y si el edificio ya existe, podría suprimirse la fase edificatoria, ya que tiene una finalidad instrumental, y, en consecuencia, concentrar todo el contenido del derecho en aquello que supone su núcleo central: tener y mantener la propiedad separada.<sup>3</sup>

Siguiendo este criterio que atribuye al derecho a edificar un carácter meramente instrumental la nueva ley permite la constitución del derecho de superficie sobre edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones

“atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”,

con lo que parece contemplar dos supuestos distintos, de los que ofrece especial interés el relativo a *viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones*, sobre las que tendrá el superficiario la propiedad temporal de éstas sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo, por lo que al especificar y singularizar el

objeto sobre el que recae el derecho de superficie contraponiéndolo al ya enunciado anteriormente de construcciones o edificaciones ya realizadas parece que está admitiendo implícitamente la existencia de un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio del que forman parte esas viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, cuya existencia previa o necesidad de constitución simultánea con el derecho de superficie del que serán objeto, será imprescindible.

En ese caso parece de toda lógica que el superficiario ostente sobre el suelo —elemento común en la propiedad horizontal—, la cuota de participación atribuida a los elementos privativos sobre los que recae el derecho de superficie, sin que la rotundidad de la expresión

“sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”

desnaturalice la figura.

Otro problema diferente es el resultante de lo previsto en el artículo 36.2 de la nueva Ley. Dice así:

“Cuando las características de la construcción o de la edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.”

Según esta regulación se atribuiría al derecho de superficie un significado equivalente al del suelo en la propiedad horizontal, es decir el del elemento común sobre el que se levanta el edificio. En este

<sup>3</sup> En este sentido: ALONSO (2003) refiriéndose a la constitución de un derecho de superficie que tiene por objeto una construcción ya realizada, es decir, que atribuye al superficiario la propiedad superficiaria de la construcción ya existente sobre la finca, mientras el concedente se reserva la propiedad del suelo, señala que: “Es cierto que la finalidad del derecho de superficie es la construcción; abundando en ello puede precisarse que la Ley del Suelo lo contempla como un instrumento de intervención en el mercado del suelo y de fomento de la construcción, por ello, lo más habitual es que lleve aparejada

la facultad obligada de construir una determinada edificación por parte del titular del derecho. Sin embargo, no debe haber ningún problema, desde el punto de vista conceptual, en admitir la constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada, es decir, sin derecho anejo de edificar. Una relación de estas características provoca la disociación entre, por un lado, la propiedad superficiaria del edificio ya existente —que se atribuiría al titular del derecho de superficie—, y, por otro lado, la propiedad del resto de la finca, que se reservaría el concedente del derecho”.

supuesto el edificio se levantaría sobre el derecho de superficie y por tanto la atribución de cuotas de participación sobre los elementos comunes que habría que distribuir entre todos y cada uno de los elementos resultantes de la propiedad horizontal recaerían sobre tal elemento común: el derecho de superficie.

Extinguido tal derecho por el transcurso del plazo, retornaría la propiedad de lo edificado al dueño del suelo, quedando resueltas las transmisiones realizadas y sin efecto alguno los gravámenes constituidos, lo que parece indicar que el régimen de propiedad horizontal quedaría extinguido, formándose un solo bloque de propiedad ordinaria sobre todo el inmueble.

Esta regulación parece estar destinada a la construcción de viviendas de protección pública para su explotación en régimen de arrendamiento, pero no sería incompatible con su posible transmisión en régimen de propiedad temporal o no. A este respecto cabría preguntarse con Blanquer, acerca de la posibilidad de establecer por vía convencional, a la hora de constituir el derecho, normas reguladoras de la continuidad, cuando llegue el momento de extinguirse el derecho de superficie, del régimen de propiedad horizontal y de la propiedad separada de cada una de las viviendas y locales transmitidos, convirtiéndose la propiedad del suelo en el suelo, elemento común de este régimen, con lo que se daría un gran paso en la solución del problema de la vivienda para ciertas capas sociales.

No parece muy deseable desde un punto de vista social, acometer la construcción de viviendas de protección pública acudiendo para abaratar su coste a la figura del derecho de superficie y pasado el plazo de duración de este derecho poner punto final a la propiedad temporal de los beneficiarios. Por muy dilatado que sea el plazo, lo cierto es que a lo largo del mismo se producirían sucesivas transmisiones, con lo que en el momento de extinguirse el derecho surgiría el problema

de poner fin a esa propiedad temporal con todo el drama que ello supone, y sin que se pueda argüir como argumento para aliviarlo, al del tiempo transcurrido en el disfrute. Por ello la posibilidad de acometer su extinción de una manera aparentemente poco ortodoxa y claramente inversa a la indicada por el concepto del derecho de superficie en su formulación legal se hace necesaria.

La cuestión sería ¿cabe establecer convencionalmente reglas que determinen la reversión de lo edificado a favor del superficiario? ¿Cabría establecer pactos que establezcan que extinguido el derecho de superficie, en lugar de revertir lo edificado al dueño del suelo, revertiría a favor de los distintos superficiarios que verían así transformada su propiedad temporal en propiedad perpetua? O por el contrario, ¿es de esencia al derecho de superficie la reversión de lo edificado al propietario del suelo?

Recordemos que el artículo 16.1.a) del RH establece que, pasado el plazo “lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario”<sup>4</sup>. En cambio, el TRLS de 1976 y el de 1992 (arts. 173.2 y art. 289.3, respectivamente) imponían que «cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho. De estos preceptos se desprende que, al término del plazo, la edificación revierte en el propietario del suelo de modo automático, como consecuencia directa del carácter temporal del derecho de superficie.

La fundada razón por la que el derecho de superficie tiene una duración temporal es de carácter económico. Un derecho superficiario perpetuo inutilizaría económicamente la propiedad del suelo, salvo que se admitiera el pacto de que a la finalización del plazo de duración del derecho la propiedad del suelo se transmitiera al superficiario por un valor

<sup>4</sup> Para Roca Sastre, a lo que viene a referirse el artículo 16 RH con la expresión «salvo pacto en contrario» es a la diversidad de destino que cabe conferir a lo construido, siempre que suponga una consolidación del dominio. De ahí que, en su opinión, quepa pactar que a la extinción del derecho

de superficie, la propiedad del suelo vaya a parar al superficiario. Igualmente, el apartado b) de dicho precepto admite la posibilidad de «estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

prefijado o por el que, en función de unos criterios determinados, se fije. Esto, según hemos visto, no estaba permitido por la regulación hasta ahora vigente.

Es cierto que uno de los argumentos de tipo económico utilizados para la utilización de esta figura es el de que con ella se evita transferir el incremento de valor que el terreno puede experimentar, sobre todo en zonas próximas a poblaciones, a un hipotético adquirente del mismo, y que posibilita la construcción de viviendas sin que el dueño del suelo pierda esa futura plusvalía, posibilitando su explotación y evitando la especulación inmobiliaria. Pero los argumentos de carácter meta-jurídico que antes he esgrimido me llevan a considerar que esto es así cuando las edificaciones levantadas sean destinadas a su explotación arrendaticia, pero ¿si son objeto de transmisión en régimen de propiedad temporal tal y como prevé la nueva ley? No me resisto a considerar que la intención del legislador era precisamente esa. En ese sentido creo que puede entenderse la declaración contenida en la Exposición de Motivos, cuando dice que

“el contenido del Título se cierra con una regulación del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario”.

En coherencia con lo expuesto la nueva Ley establece una regulación que refuerza la discutida declaración reglamentaria, por ello mi opinión es claramente favorable a tal posibilidad. Así creo que debe interpretarse la declaración contenida en el artículo 36.5 segundo párrafo cuando dice:

“A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.”

Ese “*no obstante*” con el que se inicia la declaración legal que acoge la posibilidad de establecer normas convencionales que prevean la liquidación del régimen del derecho de superficie, parece determinante a la hora de admitir esa posibilidad.

Posibilidad, por otra parte, que permitiría que los beneficiarios pudieran aplazar los costes de adquisición de una vivienda. En una primera fase tendrían que asumir el coste de construcción, gestión y comercialización del edificio, incluido el de la superficie, y al final, es decir, en la segunda fase una vez concluido el plazo de dicho derecho, el coste del suelo. Con tal sistema se fraccionaría el coste total de la vivienda, posibilitando además, la constitución de un régimen de ese derecho que recordaría al, económicamente blando, de acceso diferido a la propiedad. Su valor —repito—, como instrumento de política social es evidente.

Otro problema diferente pero en conexión con ese posible valor instrumental del derecho de superficie como herramienta de realización de una política social a la hora de abordar el problema de la escasez y carestía de las viviendas, es el de la posible constitución de dicho derecho sobre un edificio ya construido y que según hemos visto es perfectamente posible. El problema, ahora, se centra en si lo es o no con relación a un edificio ya construido y dividido horizontalmente, de manera que si se cediera tal edificio a un nuevo propietario o a varios, reservándose la propiedad del suelo los anteriores copropietarios, habría que poner fin a tal régimen. Es decir ¿supondría tal posibilidad la extinción del régimen de propiedad horizontal por la necesidad de considerar la edificación sobre la que recae el derecho de superficie como un único objeto que equivaldría al suelo?

En mi opinión sí sería posible sin necesidad de extinguir el régimen de propiedad horizontal. Así lo indica el artículo 35 ya enunciado, al señalar que podrá constituirse

“sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”.

No menciona, este precepto los elementos comunes, por lo que podría considerarse excluida la constitución del derecho superficiario sobre los elementos comunes del edificio dividido horizontalmente. No cabe duda de que si se desafectaran mediante su conversión en elemento privativo del modo legalmente establecido, podrían ser objeto de dicho derecho, pero sin tal conversión ¿puede recaer sobre los mismos? ¿Puede constituirse un derecho de superficie, con el contenido y características de las que he venido hablando, es decir no para edificar sino para tener y mantener la propiedad separada de lo ya edificado, sobre un elemento común de la propiedad horizontal?

El artículo 396 del C.c. dispone que las partes en copropiedad sólo pueden ser gravadas —en este caso con un derecho de superficie— junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Este precepto se refiere a que un copropietario no puede gravar o enajenar la parte que compone su lote de copropiedad separadamente de la parte privativa, pero no puede impedir el que se enajenen o graven los elementos comunes de la copropiedad al ser enajenados o gravados con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Es, por ejemplo, perfectamente admisible la constitución de una servidumbre de paso a favor de una finca vecina por un patio que es elemento común de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, siempre que el acuerdo sea tomado con las mayorías establecidas legalmente.

Así pues en el caso del derecho de superficie parece que tampoco debería constituir un impedimento.

Lo que podría plantear verdaderos problemas es la circunstancia de que el derecho real de superficie otorga a su titular un derecho de propiedad superficiario sobre lo construido, de modo que habría que preguntarse acerca del régimen jurídico aplicable a las relaciones del titular de la propiedad superficiaria con el resto de propietarios. Es indudable que el superficiario, al no haberse extinguido el régimen de propiedad horizontal al que pertenece el piso, local o elemento privativo sobre el que se ha constituido el derecho de superficie, podría ser considerado, en

principio, titular de un elemento privativo, por lo que tendríamos que preguntarnos acerca de si tiene obligación de contribuir a los gastos comunes, o de si tiene derecho a voto en la Junta de Propietarios.

La respuesta, a mi juicio, es negativa. En mi opinión no es titular de un elemento privativo individualizado e identificado registralmente como tal dentro del régimen de la propiedad horizontal. El titular de la propiedad superficiaria es, a efectos de sus relaciones con el resto de copropietarios, el titular de un derecho real sobre cosa ajena que se ha constituido, también, sobre un elemento común. Por ello, entiendo que no debe considerársele titular de un elemento privativo en el inmueble, de modo que tampoco debe tener participación en los elementos comunes, ni tiene derecho a voto en la Junta. Tampoco debe contribuir a los gastos comunes, salvo que en el título constitutivo del derecho de superficie se establezca su participación en los mismos.

Su relación no es con el resto de copropietarios sino que es una relación con el conjunto de la copropiedad, y son las normas sobre el derecho de superficie y el contenido del título constitutivo del mismo en cuanto no se oponga a aquéllas, los que deben regir sus relaciones con el conjunto de copropietarios del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Caso distinto sería la constitución de un derecho de superficie sobre un elemento privativo de una propiedad horizontal con el contenido tradicional superficiario, es decir construir y tener y mantener la propiedad separada de lo edificado durante el tiempo acordado, que sí exigiría la disolución de dicho régimen o su modificación, para dar entrada a los posibles nuevos elementos o a la modificación sustancial del elemento sobre el que se haya constituido.

## 7. BREVE REFERENCIA A LAS CONTRAPRESTACIONES

Dice el art. 35.3 de la Ley que

“el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá

consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie”.

En realidad la constitución del derecho de superficie siempre revestirá un cierto carácter de onerosidad toda vez que al revertir lo edificado al dueño del suelo, éste siempre obtendrá un beneficio.

No obstante, y por seguir la pauta marcada por la ley, distinguiré:

A) Constitución a título gratuito:

- Por particulares: no presenta particularidad alguna. Rigen las reglas generales sobre capacidad de obrar y poder de disposición.
- Por entidades públicas: puede recaer sobre bienes patrimoniales, nunca demaniales, y puede hacerse gratuitamente siempre que los terrenos se destinen a viviendas de carácter social o de protección pública o a otras edificaciones como escuelas, hospitales o centros culturales que no persigan finalidad especulativa.

B) Constitución a título oneroso:

La contraprestación puede consistir en

- el pago de una suma alzada o
- de un canon periódico, o
- en la adjudicación de viviendas o locales
- o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo,
- o en varias de estas modalidades a la vez

Si se constituyera por una entidad pública, la concesión habría de formalizarse de alguna de las siguientes maneras:

- a. Por subasta pública que requiere un pliego de condiciones que fije los

critérios objetivos que regulen la admisión previa.

- b. Por adjudicación directa
- c. Por adjudicación al haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo como consecuencia del plan correspondiente.

El caso de una suma alzada no presenta especialidad alguna.

Si se tratara de una canon periódico, hay que estimar que en caso de incumplimiento, aparte del régimen de garantías civiles que se pudieran haber pactado y al que luego me referiré, al poder ser calificado el contrato como administrativo la exigibilidad del pago por parte de la Administración podría hacerse por requerimiento directo, sin necesidad de entablar demanda ante los tribunales civiles.

En los otros supuestos parece aludir el legislador a una forma de permuta, ya que el dueño del suelo concede un derecho de superficie que permite construir y el superficiario le entrega la propiedad o el arrendamiento de cierta parte de lo edificado.

Si el dueño del suelo adquiere desde un principio, tal y como la ley permite, ciertas viviendas o locales, la reversión que al concluir el plazo se produce no será total, por lo que lo que se confirma la teoría ya enunciada de alterar el destino “natural” de los bienes edificados permitiéndose que la reversión no sea a favor del dueño del suelo.

Si se tratara de derechos de arrendamiento, es obvio que esta contraprestación no supone incompatibilidad alguna con la teoría clásica de la reversión total.

## 8. GARANTÍAS

Cualquier garantía de trascendencia real que se constituya para garantizar o asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato por el que se constituya el derecho de superficie tendrá acceso al registro tal y como determina el art.16.1 del RH.

Las garantías usuales son la hipoteca y la condición resolutoria expresa.

En cuanto a la hipoteca, en el caso de un canon periódico, se puede garantizar su pago a favor del concedente mediante la hipoteca

en garantía de rentas periódicas del art.157 de la L.H. constituida sobre el propio derecho de superficie.

Si se trata de una suma alzada aplazada también puede utilizarse la hipoteca ordinaria o la condición resolutoria expresa, admitida por la Dirección General de los Registros y el notariado en su R. de 16 de octubre de 1989. No obstante no parece ésta la garantía mas adecuada toda vez que si se resolviera el contrato por impago, y el superficiario ya hubiese edificado, el dueño del suelo no recupera “lo suyo” sino el solar ya edificado produciéndose un enriquecimiento injusto y desproporcionado, y un efecto similar al comiso.<sup>5</sup>

Si se trata de la adquisición de una vivienda o local en un momento posterior a la constitución, se puede asegurar mediante una hipoteca de máximo en garantía de obligación futura.

## 9. REFERENCIAS A LEYES INDIRECTAMENTE RELACIONADAS

### a) Ley Orgánica de la edificación

Conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en las superficies urbanas sobre nuevas construcciones destinadas a vivienda, el superficiario tendrá necesariamente que constituir el seguro de responsabilidad decenal, salvedad hecha de que tenga la condición de autopromotor individual de una sola vivienda unifamiliar para uso propio, según la excepción que se incluyó en la Ley

de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre de 2002 y que determina que esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión “*inter vivos*” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1 —(diez años)—, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “*inter vivos*” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

### b) Catastro

Desde el punto de vista catastral y conforme al artículo 3 de la nueva Ley del Catastro Inmobiliario de 23 de diciembre de 2002, será titular catastral el superficiario, sin que sea preciso amillarar la finca a nombre del propietario.

### c) IBI

En cuanto al sujeto pasivo del IBI lo será el superficiario, con exclusión del propietario, conforme al artículo 62 de la Ley de Haciendas Locales, en su redacción de 25 de diciembre de 2002.

<sup>5</sup> En este mismo sentido Navarro Viñuales señala que según el art.16.1 del R.H. “no serán inscribibles las

estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso”.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALONSO PÉREZ, M. T. (2003): "Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 79, 680: 3085-3112.
- BLANQUER UBEROS, R. (2007): *Acerca del derecho de superficie*. Consejo General del Notariado. Madrid.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (1999): "La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 79, 6 (Número conmemorativo del centenario de Ramón María Roca Sastre) 75, 651: 617-638.
- DÍAZ GAZTELU, B. (2007): "El derecho de superficie", en *Instrumentos de intervención en el mercado del suelo. El patrimonio municipal del suelo* Montecorvo, Madrid.
- FAUS, M. (2004a): "El derecho de superficie en Cataluña". *Breviario civil. 2: Derechos reales especiales* - septiembre.
- (2004b): "Regulación del derecho de superficie en Derecho común". *Breviario civil. 2: Derechos reales especiales* - septiembre.
- GOMÁ LANZÓN, F. (2000): "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicada" *La Notaría*, 9.
- MARTÍNEZ DIE, R. (2003): "Derecho de superficie: aspectos prácticos" *La Notaría*, 9-10: 61-70. septiembre.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (2000): "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa". *Revista de Derecho Privado*, 84, 6:443-448.
- IGLESIA MONJE, M. I. (2001): "A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 77, 667:1835-1902.
- BENAVIDES DEL REY, J. L. (1992): "El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 68, 610: 1241-1260.
- CÁMARA ÁGUILA, M. P. (1998): "Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de a reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 74, 649: 2003-2009.